

# Ceza Hukuku - Politika İlişkisi ve TCK'nın 301. Maddesi Bağlamında Düşünce Özgürlüğü Sorunu

Türkan Yalçın Sancar<sup>(\*)</sup>

## A. GENEL OLARAK CEZA HUKUKU - POLİTİKA İLİŞKİSİ

Bu kısa yazının amacı, düşünce özgürlüğünün kullanımı bağlamında, özellikle Yeni TCK'nın 301.<sup>(1)</sup> maddesiyle ilgili olarak uygulamada yaşanan sıkıntıların ve sorunların nereden kaynaklandığı noktasında bir parça aydınlatıcı olabilmektir. Aslında, dünyada ve ülkemizde hukuk alanında, gerek mevzuat gerek uygulama açısından yaşanan büyük boyutlu sorunların önemli bir kısmı da politik saplantılar ve sancılar nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bu durumda ceza hukukçuları devletin yapıyla, ceza hukukunun oluşturulması ve uygulanması arasındaki ilişkileri göz ardı etmemek ve ceza hukukuyla politika arasındaki gelgitleri irdelemek gibi

bir görevle karşı karşıya kalmaktalar. Böyle bir yaklaşım, hukukçunun dar anlamda politika yaptığı, politikacı gibi davrandığı anlamına gelmez; aksine politikacıya hukuku ve hukukun aksayan yönlerini göstermek; politikacının politika üretmesinde hukuktan kaynaklanan ya da hukukun politikadan kaynaklanan çıkmazları varsa bu konuda uyarıcı olmak anlamını taşır. Ancak bu şekilde, genel olarak hukukun ve özelden ceza hukukunun daha dinamik bir yapıya sahip olacağı ve toplumsal ilerlemeye katkıda bulunabileceği ortadadır.

Devlet "kamu hukuku şahsiyeti"ne sahip bir tüje, yani bir tüzel kişi<sup>(2)</sup> olarak aynı zamanda bir "hak süjesi"dir. Bu haklar devlete ait kamu haklarıdır.<sup>(3)</sup>

- (\*) Doç. Dr., A.Ü.Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Ana bilim Dalı Öğretim Üyesi
- (1) MADDE 301. (1) Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılayan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- (2) Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- (3) Türklüğü aşağılayanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.
- (4) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz. Ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Türkan Yalçın SANCAR, "Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliye, Bakanlıkları, Devletin Askeri veya Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları", Seçkin Yay., Ankara 2004.
- (2) Vincenzo MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, C. IV, Torino 1961, s. 12. Devletin bir şahsiyeti ya da tüzel kişiliği bulunup bulunmadığı konusundaki tartışmalar için bkz. Hüseyin Nail KUBALI, *Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, İstanbul 1971, s. 41 vd.; Recai Galip OKANDAN, "Devletin Şahsiyeti", İHFM., 1949, C. 15, s. 483 vd.
- Tüzel kişi kavramı ve tarihsel gelişimi hakkında bkz. Eriş ÖZSUNAY, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, İstanbul 1982, s. 3 vd.; Bülge ÖZTAN, *Tüzel Kişiler (Ders Notları)*, Ankara 1994, s. 1 vd.
- Şahsiyet (personalita) kavramı hakkında ayrıntılı bir çalışma ve bibliyografya için bkz. Davide MESSINETTI, "Personalita" in *Enc. Del Dir.*, XXXIII, 1983, s. 355-405.
- (3) Bu hakların neler olduğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Nevzat TOROSLU, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara 1970, s. 353 vd.

Ceza kanunlarının devlete ait varlıklardan hangilerini ne şekilde koruyacağı konusu son derece zor, karmaşık ve önemlidir. Devlete verilen öneme ve devletin birey karşısındaki konumuna göre bu koruma farklı biçimler almıştır.<sup>(4)</sup> Devlet kavramına ilişkin tarihsel gelişim içinde ortaya çıkan anlayış farklılıkları ne olursa olsun, "devletin korunması" her zaman söz konusu olmuştur. Devlet kavramının içeriği değişse dahi, devletin o günkü anlaşılış biçimi bakımından ortaya çıkan menfaatlerin; devletin varlığının ve devamının sağlanması amacıyla korunması yoluna gidilmiştir. Ancak devlet kavramındaki değişimlerin, "devletin korunması" kavramının içeriğinin değişmesi sonucunu da doğurması normal, hatta kaçınılmazdır.<sup>(5)</sup>

Liberal devlet düşüncesinin egemen olduğu dönemlerde, devletin varlığını tehdit eden fiillerin suç olarak kabul edilip edilmeyeceği hususu tartışma konusu olmuştur. "Devlet, birey içindir" varsayımına dayanan liberal devlet düşüncesinde, devlet aleyhine suçların olabileceği düşünülmemektedir. Ancak, pratikte, o döneme ait ceza kanunlarında devlet aleyhine suçlara yer verildiği gözlenmektedir. Bu iklimde ortaya çıkan, hatta o zaman baş eser olarak nitelendirilen Zanardelli Kanunu, devletin varlığını tehdit eden fiilleri suç saymakta tereddüt etmemiştir. Hukuki bir değer olarak devlet, bu kanunda türlü yönleriyle cezai korumaya mazhar kılınmış, kanunilik ilkesinin o günkü anlayışına uygun olarak da devlet aleyhine cürüm-

ler ayrıntılı bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bu kanunda cezai korumanın konusu, bir kişi olarak, devletin değerleri veya menfaatleridir. Devletin cezai korumanın konusunu oluşturan en temel değeri veya menfaati; devletin egemenliğine, toprak bütünlüğüne, insan unsuruna ve anayasası ile kurulmuş olan düzenine ilişkin menfaatidir. Buna "devletin şekli düzeninin korunması" denmektedir. Buna karşılık, liberal düşünce ikliminde hazırlanan ceza kanunlarına ve bu arada Zanardelli Kanunu'na "devletin maddi düzeninin korunması" kavramı yabancıdır.

Devletin maddi düzeninin korunması sorunu, ilk kez faşist, nazist, komünist devlet düzenleri ve ideolojileri ile birlikte ortaya çıkmıştır. Gerçekten bunlar karşıtları veya hasımları saydıkları düşüncelere ve devlet düzenlerine karşı kendi düzenlerini korumak amacıyla, o düşüncelerin örgütlenmesini ve propagandasını, o siyasal düşüncelerin veya devlet düzenlerinin övülmesini suç saymışlardır. İşte buradan devletin maddi düzeninin cezai korunması kavramı ortaya çıkmış ve bu kavram en mükemmel ifadesini 1930 tarihli İtalyan Rocco Kanununda bulmuştur.<sup>(6)</sup>

Tarihsel sürece ilişkin ayrıntılara girmeden hemen ifade edelim ki, İtalya'da faşizmin yıkılmasından sonra Zanardelli Kanunu'nda yapılan değişikliklerle, faşizmin getirdiği kurumların ve mantığı sonucu olan bazı düzenlemeler kaldırılmış, fakat kanunun devletin niteliği hakkındaki görüşleri kalmıştır.<sup>(7)</sup>

- (4) Tarihsel süreç için bkz. MANZINI, s. 5 vd.
- (5) Bkz. Çetin ÖZEK, *Devlete Karşı Suçlar*, İstanbul 1976, s. VI.
- (6) Bkz. Zeki HAFIZOĞULLARI, *Laiklik, İnanç ve İfade Hürriyeti*, Ankara 1997, s. 90-91, 109-110. "Liberalizm" in eski ve yeni anlaşılış biçimleri için bkz. Norberto BOBBIO, *Il Futuro della Democrazia*, Torino 1984, s. 115 vd.; Faşist ideolojinin özgürlük anlayışı için bkz. Yüksel ERSOY, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, Ankara 1973, s. 14 vd.
- (7) Faşist ideolojinin Rocco Kanunu'na yansımaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tullio PADOVANI, "Bene giuridico e delitti politici", in *Riv. it. di dir. proc. pen.*, 1982, fasc. 1, s. 4.

Devletin önem kazanması ve XIX. yüzyıl anlayışından daha farklı bir şekilde ele alınışı bir çok ülkede gözlenmiştir. Demokratik ülkeler dahi, eski liberal anlayışı terk etmişler ve devleti bir hukuki varlık olarak kendine özgü menfaatlerin ve ihtiyaçların bütünü olarak görüp güçlü bir korumanın konusu haline getirmişlerdir. Aslında bu gelişmenin temellerinin "modern devlet" in doğuşunda yattığı söylenebilir. Çok kısa bir şekilde belirtmek gerekirse, "modern devletin anahtar fikri, devletin, onu kendinde cisimleştiren kişilerden başka (ve fazla) bir şey olduğudur".<sup>(8)</sup> Öte yandan, modern devletin gelişim süreci, devletin toplumsal yaşamın her alanına nüfuz edecek şekilde büyümesi ve öneminin sürekli artmasıyla belirlenmiştir. Bu açıdan "modern devlet, yaygın olarak, kendisini oluşturan topluluğu gitgide daha fazla idare eden, biçimlendiren, hatta yaratan aktif bir devlet olarak görülür".<sup>(9)</sup>

Monarşilerin birbiri ardına yıkılması, daha önce egemenlik kavramının ortaya çıkışıyla yeşermiş olan "devletin varlığının monarkın dışında bir değer olduğu" algısının iyice yerleşmesini sağlamış; devletin öneminin artması

ise, giderek en üstün menfaati temsil eden varlık olarak görülmesinin ve kendisini meydana getiren değerler yönünden sistematik bir şekilde korunmasının da yolunu açmıştır.<sup>(10)</sup>

Devlet bir şahsiyet sahibi olarak kabul edilsin ya da edilmesin, gerçek olan bir nokta vardır ki, bu hukuki organizasyon, kişilerin dışında bir kısım hukuki değerleri kendi içinde taşımaktadır. Hukuki bir varlık olan devlet, hakimiyetinin yöneldiği amaca ulaşmak için bir takım fonksiyonlar görür. Devletin varlık unsurları ve değişik fonksiyonları bir bütün halinde ve fakat derece derece cezai korumanın konusudur.

Hukuk sistemleri, ait oldukları toplumların siyasal yapısı ile doğrudan ve çok yönlü bir ilişki içindedirler. Her toplumun ve dönemin temel ideolojik anlayışı ve bu anlayışın doğurduğu siyasal sistem, mutlak olarak hukuk düzenini de etkiler.<sup>(11)</sup> Kişinin hareket imkânlarının sınırlarını gösterip, sınıraşılması durumunda müeyyidesini tespit eden ceza kanunları da bu etkileşimin dışında kalamayacakları gibi, çoğu zaman bunun özel bir yoğunlukla yansıdığı ve yaşandığı alanı oluştururlar. İnsan davranışlarından bazılarının ceza

normu tarafından suç olarak tanımlanması bir tercihtir. Bu tercih yasayla ortaya çıktığına göre, bir eylemin suç olarak tanımlanması genellikle siyasal erkin bir tercihidir ve bu erkin niteliğine, amacına, ideolojik temelene, anayasal sistemine göre biçim alır. O halde ceza hukuku ile siyasal-toplumsal yapı arasında doğrudan bir ilişki vardır. Bu ilişki, hafızalarda hala çok taze sonuçları olan İtalya'da Faşizmin, Almanya'da Nasyonal Sosyalizmin egemen olmasının ardından oluşturulan ceza kanunlarında kendisini çok açık bir biçimde göstermiştir.<sup>(12)</sup>

Özellikle "devletin şahsiyeti aleyhine işlenen cürümler" (1926 tarihli TCK'nın, Cürümler başlıklı ikinci kitabının birinci babı bu suçlara ayrılmıştı. 5237 sayılı yeni TCK, "Millete ve Devlete Karşı Suçlar" başlığı altında daha farklı bir ayırım yapmıştır), bu bağlamda büyük önem taşımakta, siyasal sistemin temel unsurlarıyla dolaysız bir ilişki içinde bulunmaktadırlar.<sup>(13)</sup> Bu kategoride yer alan suçlar, tamamıyla kanunun yapıldığı dönemin siyasal ikliminin, ideolojik anlayışının ve egemen zihniyetinin etkisinde şekillenir. Kısacası, ceza hukukunun politikadan kopa-

mayacağını,<sup>(14)</sup> politikadan hiçbir yer ve hiçbir zamanda etkilenmeyen bir özü olmakla birlikte, ceza hukukunun kendisinin esas itibarıyla politika olduğunu kabul etmek gerekir. Bu nedenle bir devletin sahip olduğu anayasal düzenin esaslarını kavramadan, özellikle devlet aleyhine işlenen suçlarla, hürriyet aleyhine işlenen suçların anlaşılması ve doğru bir yorumu mümkün olamayacaktır.

Devletin yapısı, özgürlüklere ve insan haklarına yaklaşımı, anayasaya ve yargı pratiğine hakim olan felsefe, bireyin devlet karşısındaki konumu, ceza hukukunun normatif ve pratik anlamda oluşturulmasında çok baskın bir etkiye sahiptir. Bu etkinin kendisini sıklıkla gösterdiği suçlardan biri de, düşünce özgürlüğü bağlamında, son zamanlarda fazlasıyla gündeme gelen ve bir süre daha gündemden düşmeyeceği anlaşılan "Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama" suçu olmuştur. Bu suçu düzenleyen TCK'nın 301. maddesi (765 sayılı TCK'nın 159. maddesi) her zaman dikkatleri üzerine çekmiş, yasama organının çeşitli gerekçelerle maddeye müdahaleleri haricinde, uygulamada ortaya

"Liberal devlet düşüncesinin egemen olduğu dönemlerde, devletin düzeninin cezai himayenin konusu kılınmaması, bu konuda yegane doğrunun bu olduğu sonucunu doğurmalıdır. Esasları itibarıyla tabii hukuk düşüncesinin ürünü olan liberal devlet düzenlerinde, bu düşüncenin sonucu olarak, devletin düzeninin korunmasının ihtiyacı sayılması mümkün görülmez, çünkü bu düşünce sisteminde iradelerini birleştirmek suretiyle, yani toplumsal bir akitle devleti teşkil eden kişilere, pozitif düzenle tabii düzenin uyusmaması halinde, pozitif düzenin tabii düzene uygunluğunu sağlamakta "direnme hakkı" tanınmıştır. Bir şey aynı zamanda hem serbest hem de yasak olamayacağından, tabii düzene uygun olmayan pozitif bir düzeni ortadan kaldırmaya, dolayısıyla yeni/farklı bir toplumsal düzen getirmeye matuf fiiller, her halde suç sayılmayacaktır. Burada sadece bir hakkın kullanımı söz konusu olmaktadır. Öte yandan, özünü tabii hukuk düşüncesinin oluşturduğu liberal devlet düzeninin, bir alternatifi yoktur, bir hedefi vardır. Hedef, pozitif düzenin tabii düzene uymasıdır. Böyle olunca ortada bir alternatif bulunmadığından, liberal devlet düzeni zaten bir saldırıyla karşı karşıya olmamakta, dolayısıyla devletin düzeninin himayesi de gerekmemektedir. Kuşkusuz bu bağtından ötürü, liberal devlet düşüncesinin hakim olduğu dönemlerde yapılan ceza kanunlarında, devletin düzeninin cezai himayenin konusu olmaması çok doğaldır. Esasen, tersini düşünmek, temel düşünceyle bir çelişkidir". HAFIZOĞULLARI, s. 114-115.

(8) Christopher PIERSON, *Modern Devlet* (Çev. Dilek HATTATOĞLU), İstanbul 2000, s. 89.

(9) PIERSON, s. 96.

(10) Çetin ÖZEK, *Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler*, İstanbul 1967, s. 22-23.

(11) Hukuk ile politika arasındaki ilişkinin genel bir değerlendirmesi için bkz. Silvestro GRAZIANO, *Lo Stato Giuridico*, Vol 1, (Il metodo, le teorie e la realtà), Torino 1919, s. 46 vd.

(12) Bkz. Çetin ÖZEK, "1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler", İHFM., C. LVI, S. 1-4, 1998, s. 37 vd.

Faşist İtalyan ve Nasyonal Sosyalist Alman ceza kanunlarında öncelenen değerler hakkında sosyolojik bir yaklaşım ve ayrıntılı tahlil için bkz. Cahit CAN, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*, Ankara 2002, s. 368 vd.; Niyazi ÖKTEM, *Özgürlük Sorunu ve Hukuk*, İstanbul 1977, s. 191 vd.; Claudio FARRANDA, "Codice penale e costituzione", in Riv. pen., 1971, fasc. 3, s. 111-120; Luciano Pettoello MANTOVANI, "Pensieri sulla politica criminale", in Riv. it. di dir. proc. pen., 1998, fasc. 1, s. 30; Aldo MARI-NELLI, "Il delitto politico", in Arc. pen., 1976, fasc. 1,2,3,4., s. 71-74.

(13) Çetin ÖZEK, "İtalyan Ceza Kanununu Tadil Çalışmaları ve Tadil İçin Kabul Edilen Temel Görüşler", İHFM., 1969, C. XXXIV, S. 1-4, s. 73-74 ve 82; Alfonso YESAURO, "La funzione del diritto penale per la costituzione attuale", in Foro pen., Anno XVII, fasc. II, 1962, s. 125 vd.

(14) Bkz. Çetin ÖZEK, "İtalyan Ceza Kanununu Tadil Çalışmaları ve Tadil İçin Kabul Edilen Temel Görüşler", İHFM., 1969, C. XXXIV, S. 1-4, s. 73.

DONINI, ceza hukuku bilimiyle politika arasındaki ilişkinin hukukun hiçbir dalında olmadığı kadar azap verici, sıkıntılı bir ilişki olduğunu özellikle vurgular. Bkz. Massimo DONINI, "Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica", in Riv. it. di dir. e proc. pen., 2001, I, s. 30; Pietro Giuseppe GRASSO, "La descrezionalità del giudice penale nell'ordine dei poteri dello stato", in Foro it., 1967, s. 393-420; Vincenzo MILITELLO, "Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva Europea", in Riv. it. di dir. e proc. pen., 2001, II, s.411-438.

çıkan sorunlar nedeniyle her zaman gündemde kalmıştır. Çünkü politik eleştiriler ve düşünce açıklamaları genellikle bu madde etrafında değerlendirilmelere tabi tutulmuş; devletin en yüksek kurumlarının ve değerlerinin prestijini koruma amaçlı 301. madde, koruduğu kurumların politik yaşamın çok içinde olması nedeniyle, politik tartışmaların da şu veya bu şekilde içinde olmuştur. Yani TCK'nın 301. maddesi, ceza hukuku ile politika arasındaki ilişkinin tüm ağırlığıyla yansıdığı bir maddedir.

Ceza hukukunun mevzuat ve içtihat olarak oluşturulmasında ülkede yaşanan politik koşullar, değişim ve sorunlar çok önemlidir. İnsan hakları alanındaki gelişmeler, atılan ileri adımlar ya da bu alandaki sancılar ve çıkmazlar derhal ceza hukukuna yansımakta ve bu yansımalar duruma göre bazen baskıcı bazen de özgürlükçü bir biçim alabilmektedir. Yansımalar yasaları uygulayanları da etkileyebilmekte ve yorumlar, özgürlüklerin kullanılmasını daha daraltıcı ya da daha genişletici olabilmektedir.

Gerçekten de, değişik yapılar ve değişen koşullar içinde, ceza normunun yetersizliği ortaya çıktığında, uygulamada normun gereksinmelere uygun bir şekilde yorumlanmasına ve normların zorlandığına tanık olmaktadır. Aynı ya da benzer bir norm; bir ülkede özgürlüklerin sınırlanması konusunda hiçbir tehdit unsuru oluşturmamasına rağmen, bir başka ülkede tersi sonuç-

larla karşılaşabilmektedir. Bu da devletin yapısının ve bu yapının bir yansıması olarak, uygulayıcıların tutumlarının ortaya çıkardığı bir sonuçtur.

Ceza hukuku bir yandan temel hak ve özgürlükleri korurken, diğer yandan da bunların sınırlandırılması işlevini görür. Bu yönüyle ceza hukuku siyasal iktidarların elinde çok önemli bir araçtır. Siyasal yapının farklılığına göre temel menfaatlere verilen önem değişebilir. Asıl olarak koruma aracı olan ceza hukuku, yok etme aracı olarak kullanılabilir.

Gerçekten de ceza hukukunun tarihi, pek çok yönden, insanlık tarihinin özel bir görünümü olarak değerlendirilebilir. Söz konusu tarih, insanlık tarihinin adaletsizliklerini olduğu kadar, daha onurlu, daha insani bir sosyal hayat biçimincine yönelik gelişmelerini de ortaya koymaktadır. Ceza hukukunun bir yandan her teşkilatlanmış toplumda birlikte yaşamının temel şartlarını savunma işlevini yerine getirirken, diğer yandan da çok defa bir baskı ve ayrıcalıkları koruma işlevi gördüğünü, ceza hukuku tarihinden çıkarmak mümkündür.<sup>(15)</sup>

Toplumsal ve ekonomik yapının özellikleri, devletin yapısını da etkilemekte ya da tam tersi olarak devletin yapısı toplumsal ve ekonomik yapıları etkilemekte ve bu bağlamda, yani ceza hukuku-politika ilişkisinin yansıması olarak üç önemli ceza hukuku anlayışı ortaya çıkmaktadır.

## B. CEZA HUKUKU - POLİTİKA İLİŞKİSİ BAĞLAMINDA CEZA HUKUKU TÜRLERİ

### 1. Baskıcı Ceza Hukuku

#### a. Genel Olarak

Bu tip ceza hukukunun geçmişteki karşılığı mutlakiyetçi<sup>(16)</sup> düzenlerdir ki, bu düzenlerde ceza hukuku hükümdarın despotizminin ve aşırı iktidarının bir aracı olma işlevini de görüyordu. Modern zamanlarda ise bu ceza hukuku, daha az mutlakiyetçi olmayan totaliter devlet düzenlerinde<sup>(17)</sup> kendisini göstermektedir. Amaçları ve esasları bakımından bu tip düzenler farklılıklar gösterse de,<sup>(18)</sup> bunların hepsi, ceza hukukunu, daha az etkili olmayan polis hukukuyla birlikte, resmi doğruyu veya devletin doğrusunu, gerçek sayılmayan ve aykırı düşüncelere karşı korumann,

politik alt etmenin ve iktidarın korunmasının bir aracı olarak kullanırlar.<sup>(19)</sup>

Tarihsel açıdan bakıldığında, bu ceza hukuku, hukuka aykırı fiiller (suçlar) yönünden temel özelliğini, suçların fazla ayrıntılı olmasından, suç tanımlarının meşru olanla olmayanın sınırına tam bir açıklık getiremeyecek biçimde belirsiz olmasından ve monarkın ve onun memur yargıcının yasal tanımlarda yer almayan hareketleri dahi cezalandırabilme konusundaki aşırı yetkilerinden almaktaydı. Suçun teolojik-etik anlayışı gereği "kamu otoritesi"ne aşırı bir koruma sağlanmaktaydı. Bu nedenle de sadece bu otoriteye yönelik hareketler değil, her türlü eleştirel düşünceler de devlete karşı suçlar haline getiriliyordu.<sup>(20)</sup>

Baskıcı ceza hukukunda, devlet önplandadır ve kutsaldır. Resmi ideolojiye dayanmayan düşüncelere hayat hak-

(16) "Tarihin en eski devirlerinden, Fransız ihtilaline ve onu hazırlayan Ansiklopedistlere, felsefecilere kadar geçen devre müşterek karakterler taşımaktadır. Bu devrede kudret himaye edilmiştir. Kudret ise monarka, prence ait olduğu için himaye konusu da bunlar olmuştur. Ortaçağ bunlara kilisyci de ilave etmiştir. Kudret mutlak olduğu için de, cezaların ağır olması, cezalandırmanın prensin keyifliğine bırakılması, yani fiillerin cezalandırılmasında mutlaklık da tabiidir. Bu devrenin diğer bir karakteri de, çoğunlukla dini ihlallerle devlete karşı suçların birbirine karışık oluşudur. İktidarın dini mahiyette oluşu ve iktidarın himaye edildiği bu sonucu zorunlu kılacaktır." Bkz. Çetin ÖZEK, "Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri", İHFM, C. XXXII, 1967, S. 2-4, s. 617.

(17) Bu sistemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Carl J. FRIEDRICH - Zbigniew K. BRZEZINSKI, *Totaliter Diktatörlük ve Otokrasi*, (Çev. Oğuz ONARAN), Ankara 1964, s. 7 vd. Faşist rejimin İtalya'da özellikle hukuk alanındaki etkileri için bkz. Norberto BOBBIO - Franco PIERANDREI, *Introduzione alla Costituzione*, Roma 1981, s. 33 vd.

"Totaliter diktatörlük ne bir tiranlık ne de bir despotizmdir., ama bu ikisiyle de önemli ve açık bağlantıları vardır ya da hiç değilse bütün bu rejimleri bir tek ortak kategoriye sokacak önemli benzerlikler bulunabilir. Bu kategoriye biz 'otokrasi' diyebiliriz. Tarihte devlet şekilleri içinde bir çok otokrasi tipleri vardır. Çoğunlukla Doğu'ya özgü olan hükümdarın Tanrılaştırılmasına bağlanan çeşitli despotizm şekilleri, Yunan şehirlerinin tiranlığı ve Rönesans İtalya'sındaki tekrarları, modern Avrupa'nın bütüncü (mutlak) monarşileri bilinen otokrasi örnekleridir. Bütün bu sistemlerde en çok göze çarpan özellik, hükmedenin yaptığından ötürü kimseye sorumlu olmamasıdır; o, iktidarı kendi kendine kullanan otokrat; yani kararları kendisi verir ve ürünlerini de kendisi toplar." (FRIEDRICH- BRZEZINSKI, s. 7-8.)

(18) Diktatörlüklerin değişik biçimleri hakkında ayrıntılı bir analiz için bkz. Maurice DUVERGER, *Diktatörlük Üstüne* (Çev. Bülent TANÖR), İstanbul, s. 5 vd.

(19) Bkz. Ferrando MANTOVANI, s. 6-7. Faşizm ve Nasyonal Sosyalizm hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çetin YETKİN, *Faşist Devlet -Kaba Kuvvet- Felsefesi*, İstanbul 1969. Komünizmde muhalefetin taşıdığı anlam için bkz. Mehmet TURHAN (Çeviren ve derleyen), *Devlet ve Hukuk Üzerine Yazılar*, Ankara (tarihsiz), s. 115.

(20) Bkz. TOROSLU, *Nasıl Bir Ceza Kanunu*, s.2; *Totaliter devlette hukuk ve politikanın hiçbir şekilde ayrılmayacağı hakkındaki görüşleri için bkz. Giuseppe MAGGIORE, "Diritto penale totalitario nello stato totalitario"*, in Riv. It. di dir. pen., XI, 1939, s. 146 vd.

(15) Bkz. Nevzat TOROSLU, *Nasıl Bir Ceza Kanunu*, Ankara 1987, s. 1; Ferrando MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale, seconda edizione*, Padova 1988, s. 15.

kı tanınmaz. Resmi ideoloji her alana egemen olduğundan çoğulculuktan söz etmek de mümkün değildir<sup>(21)</sup>.

Günümüzde bu tip ceza hukuku sistemlerinin ortadan kalktığını söylemek mümkün değildir. Devletin bir resmi ideolojiye dayandırılıp ön planda tutulduğu ve kutsandığı, resmi ideolojiye dayanmayan düşüncelere hayat hakkı tanınmadığı sistemler, kaçınılmaz olarak baskıcı bir ceza hukuku yaratırlar. Bu özelliklere sahip olduğunu gizlemeyen otoriter ve totaliter devletler açısından durum zaten açıktır. Ancak baskıcı ceza hukukuna sadece bu tür devletlerde rastlanmaz; kendisini demokratik olarak nitelendiren ve anayasalarında da böyle yazan bir çok devlet de baskıcı bir ceza hukukuna sahip olabilir. Bir rejim sadece seçim yapılması ile demokratik hale gelmez. Seçimler sonrasında çoğunluğun keyfi yönetimi de o sistemi baskıcı ve antidemokratik bir sistem haline getirir. Baskıcı eğilimler kendisini ceza hukukunun bir çok alanında gösterebilir, ancak en etkin ve yakıcı olanı özellikle düşünce özgürlüğü alanındaki baskıcı tutumdur. Sistemden ve egemen ideolojiden yana olan düşüncelerin korunması o sistemi

özgürlükçü bir hale getirmeye elbette ki yetmez.

“Hukuksal değer kuramı”, resmi ideoloji ve onun slogan tarzındaki söylemlerinden tamamen ayrılmalıdır. Devlet ideolojisi, hukuksal değerlerin yaratılması bakımından, hiçbir şekilde belirleyici bir ilke olarak hizmet edemez. Çünkü böyle bir ilke devlet ideolojisi aracılığıyla, çok kolaylıkla ceza kanununda kötüye kullanılabilir. Eğer baskın devlet ideolojisi dolayısıyla, kanun koyucu, bireysel hukuksal değerleri reddeder veya çok katı olarak sınırlarsa, hukuksal değerlerin fiiliyata geçirilmesini engelleyen bir fenomen olur.<sup>(22)</sup>

Herkese ve her fikir için tanınmayan özgürlük, otoriter sistemler ile demokrasi arasında bir ayırım ölçütü olamaz. Egemen sistemi ve ona temel oluşturan ideolojiyi destekleyen, onun kurum ve icraatlarını öven, devlet kudretini sürekli yücelten fikirlerin “özgürlük” şemsiyesi altında sürekli korunmaya ihtiyacı yoktur. Korunması gereken fikirler, tersi yöndeki fikirlerdir. Zaten düşünce özgürlüğü de, tarihsel olarak bu anlamıyla mücadelenin konusu olmuş ve elde edilmiştir. Bu açıdan, düşünce özgürlüğü özü itibarıyla bir “muhalefet özgürlüğü”dür.<sup>(23)</sup>

*“Totaliter olay ne gibi bir temele dayanır? 1. Totaliter olay, politika faaliyeti tekeli bir partiye bir rejimde kendini gösterir. 2. Tekelci bir partiye bir ideoloji, ruh ve güç verir. Partinin mutlak bir iktidar tanıdığı bu ideoloji, dolayısıyla Devletin resmi gerçeği kesilir. 3. Bu resmi gerçeği yaymak için, Devlet de kendine kuvvet vasıtaları tekeli ve inandırma vasıtaları tekeli olarak iki tekel tanır. Haberleşme vasıtalarını, radyo, televizyon ve basını Devlet ve onu temsil edenler yönetirler. 4. Ekonomik ve mesleki işlerin çoğu Devletin buyruğu altındadır ve herhangi bir biçimde bizzat Devletin parçası olur. Devlet ile ideolojisi birbirinden ayrılmaz oldukları için, ekonomik ve mesleki işlerin çoğu resmi gerçeğin rengini alır. 5. Artık her şey Devletin işi, her iş ideolojiye bağlı olduğundan, ekonomik veya mesleki bir işte yapılan bir hata, aynı zamanda ideolojik bir hata olur. Bundan, kişilerce yapılması ihtimali olan bütün hataların politikleştirilmesi, ideolojik bir şekle sokulması ve sonuç olarak hem polisiye hem ideolojik bir terör doğar.” (Raymond ARON, Demokrasi ve Totalitarizm (Çev. Vahdi HATAY), İstanbul 1976, s. 284-285); Ayrıca bkz. Virgilio FEROCİ, “La natura giuridica del Partito Nazionale Fascista”, in Riv it di dir. pen., X, 1932, s. 397 vd.*

(21) Resmi ideolojinin egemen olduğu yapılar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. J. Juan LINZ, *Totaliter ve Otoriter Rejimler* (Çev. Ergun ÖZBUDUN), Ankara 1984, s. 19 vd.; Mustafa ERDOĞAN, *Rejim Sorunu*, Ankara 1997, s. 125 vd.

(22) Bkz. Yener ÜNVER, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003, s. 575.

(23) Bkz. Mithat SANCAR, “Düşünce Özgürlüğü Muhalefet Özgürlüğüdür”, *Düşünce Özgürlüğü İçinde* (Der. Erol ANAR), Ankara 1996, s.116 vd.

Eğer bireysel özgürlük, çoğunluğun onaylamadığı görüşleri desteklemek ve savunmak ve çoğunluktan farklı bir davranış yolu izlemek hakkını içermiyorsa, bu özgürlüğün hiçbir anlamı yoktur.

Günümüz baskıcı sistemlerinde, “farklı” veya “yeni” olanı bastırma tutumu, genellikle “güvenlik” ihtiyacı ile temellendirilir. “Farklı olan”, statükoya karşı bir tehdit olarak algılanır. Egemenler, bu tehdidin toplumun tamamını hedef aldığı propagandası ile, baskıcı tutumlarının toplumun geniş kesimlerinde sahiplenilmesini sağlamaya çalışırlar. Oysa “farklı olan”ın tehdit ettiği şey, toplumun varlığı değil, egemenlerin konumudur. Dolayısıyla baskıcı politikaların meşruluk temeli olarak ilan edilen “güvenlik” gerçekte toplumun değil, fakat egemenlerin bir ihtiyacıdır.

Faşizmin ille de Führerleri, duşçeleri, tek partileri olması gerekmez. Faşizm öncelikle ruhların ikna edici diktatörüdür. “Düşmanlar” ve “tehditler” konusunda ruhu ikna edilen memnuniyetsiz kitleyi “demokrasi” içinde de yönlendirmek, istenilen yönde sevk ve idare etmek pekâlâ mümkündür. Bu siyasal zemin üzerinden bir yer işaret edilir: Kutsal devlet. Bu devletin bekası sağlanmalı, tarihin her aşamasında devlet kuvvetlenmeli ve onu tehdit eden etkilerden arındırılmalıdır. Onu tehdit

eden üç toplumsal güç farz edilir: Sınıf savaşımı içindeki çalışan sınıflar ve onların ideolojileri; etnik ve dini azınlıklar halinde devleti zayıflatan ve ekonomik bunalımlardan sorumlu sayılan iç düşmanlar; devletin stratejik varlığını tehdit eden devletler ve dış düşmanlar.<sup>(24)</sup> Kutsal devletin kutsallığına halel getirecek her türlü unsur bertaraf etmek için de, ceza hukuku tüm ağırlığıyla devletin hizmetindedir. Belki de bu baskı dönemlerinde “özgürlük” sözcüğü en belirgin ve en az tartışılır biçimde kullanılmakta ve “özgürlüksüzlük” ile aynı anlama gelmektedir.

### b. Yargının Siyasallaşması ya da Siyasal Yargı

Hukukun yapısı hayatın yapısından uzak değildir. İki de aynı baskılarla biçimlenmiştir. Genel olarak hukuk, özel olarak da yargı, savaş dışı olmak anlamında tarafsız ya da sonuçlarla ilgisiz değildir. Aksine yargı da toplumsal sorunlara müdahalede ve siyasal çatışmaların kaderini belirlemede son derece etkili bir araç olarak kullanılmaya elverişli bir doğaya sahiptir. Zira mahkemeler, toplumun girinti ve çıkıntılarını biçimlendirirler. Bu, yasama ya da yürütme kadar doğrudan doğruya değildir fakat aynı amaca yönelmiştir.<sup>(25)</sup> Bu nedenle, siyasal iktidarlar yargıyı kendi program, hedef ya da hesapları için kul-

(24) Suavi AYDIN, *Faşizm!... Yeniden mi...? Önsöz*, Ankara 2000, s.8,10,11.

*“Ve XXI. Yüzyılın şafağında faşizmin alabileceği yeni görünüm budur: Kütleli demokratik mekanizma ve kurumlar içinde düşmanlar ve tehditler konusunda akord edilmesi, gerektiğinde ‘halk böyle düşünüyor’, ‘halk bunu istiyor’ demeyi kolaylaştıracak biçimde hareketlendirilmesi ve bütün bunlar için, insanların kendileri için varoluşsal önemi olduğuna inandırdıkları davaların haklılığı konusunda şüphesiz duyamamaları. Total faşizm, işte toplumdaki bütün kurumlara bu akorda uygun bir armoni verilmesiyle varlık kazanır. Toplumda farklılıklara, eleştireliliğe, marjinalite ve ana konularda muhalifliğe, öncelikle bir toplumsal dışlama ile izin verilmediği, bu unsurlara nefes aldırılmadığı ve buna bütün toplum kesimlerinin alet olduğu noktada faşizm başarılı olmuş demektir. Dolayısıyla faşizm, sıradan insanın en sıradan duygularına hitap etmekle işe başlayacaktır...Korku içindeki ve güvensiz bireyi yeniden sahte bir güvenle ayağa kaldıracak yanlış bilinç, faşizmin ta kendisidir. Faşizmin bu güveni temin etmesinin ön koşulu, bireyin yukarıdan çizilmiş ideolojik ve kuramsal çerçeveye mutlak itaati, ona gönüllü uyumu ve şartsız tabiiğidir”. Bkz. AYDIN, Faşizm, s. 8-9.*

(25) Harold J. LASKI, *Devlet* (Çev. Esin ÖRÜCÜ), İstanbul 1966, s. 49.

lanmaya her zaman çok istekli olmuşlardır. İşte yargının mevcut egemenlik ilişkilerini pekiştirmek ve belli bir yönde değiştirmek amacıyla devreye sokulması yargının siyasallaştırılması ya da “siyasal yargı” olarak adlandırılır. Daha dar ve özgül anlamda siyasal yargı, yürürlükteki hukuk kurallarına aldırış etmeksizin yargının siyasal baskı ve tasfiye amacıyla işlevselleştirilip araçsallaştırılması anlamına gelir.<sup>(26)</sup>

Baskıcı ceza hukuku anlayışının egemen olduğu ülkelerde veya dönemlerde yargının siyasallaştırılması neredeyse normal, hatta kaçınılmazdır. Örneğin mutlakiyetçiliğin devlet teorisinde, bütün iktidar hükümdarın elinde toplanır. Hükümdardan bağımsız bir iktidar parçası, bu teoride akla bile gelemez. Yargı da hükümdarın sıkı denetim ve gözetimi altında, kararları hükümdar tarafından sürekli değiştirilebilen ve düzeltilebilen bir işlev olarak görülür. Dolayısıyla burada yargı, hükümdardan bağımsız, hele de hükümdara karşı olabilecek bir erk gibi düşünülemez. Yargı tıpkı askerler veya diğer memurlar gibi “hükümdarın hizmetinde”dir.<sup>(27)</sup>

Yargının siyasal baskı ve tasfiyenin aracı olarak kullanılması totaliter sistemlerde son derece olağandır. Buralarda mahkeme kararları, ana hatları itibarıyla yargılama başlamadan çok önce yazılmıştır ve devletin yargılamaya dönük ilgisi, hükümdan (sonuçtan) çok, duruşmalardan resmi propaganda için

çıkarılacak malzemeye yoğunlaşır. Ancak aynı duruma totaliter olmayan rejimlerde, örneğin anayasal düzenini hukuk devleti olarak ilan eden devletlerde de rastlanır. Devlet aleyhine cürümlerle ilgili davalar “siyasal yargı” olarak adlandırılan durumla sık sık karşılaşılan davalardır.<sup>(28)</sup> Siyasal yargıdan söz edebilmek için mahkemelerin açıkça siyasi otoritenin emri doğrultusunda davranmaları şart değildir. Eğer bir mahkeme, kararını verirken hukuku ve adaleti değil, egemen ya da resmi ideolojiyi veya “devlet aklı”<sup>(29)</sup> nı referans alıyorsa, ortada “siyasal yargı” olarak nitelenecek bir durum var demektir. Kuşkusuz bu gibi durumlarda yargının tarafsızlığından söz etmek, bir tür acı alay ya da kara mizah oluşturur. Ancak tarafsızlığın en fazla bu gibi durumlarda vurgulandığı da biliniyor. Gerçekte burada söz konusu olan ise, genel olarak yargıyı bir toplumsal üst-ben konumuna yerleştirmeyi ve toplumsal vicdanın yargıda merkezleştiği inancını benimsetmeyi hedefleyen, ideolojik hesabın somut ve yaygın bir yansımasıdır.<sup>(30)</sup>

Devletin kendini ve asli kurumlarını her şeye, her türlü muhalefete ve farklılığa karşı koruma refleksine girmesi, bu psikoloji içerisinde ceza normlarının oluşturulması; koruma altına alınan varlıkların sayısını ve dolayısıyla suç sayılan eylemlerin sayısını da artıracak ve bu anlayışa bağlı olarak da daha şiddetli cezalar öngörülmektedir. Bu yapı

kendi yargıçlarını da yaratınca, yani bu psikolojiye bir de normu uygulamak durumunda olanların devleti koruma ve kutsallaştırma psikolojileri de eklenince, zaten yeterince ağır olan normların uygulanma alanları, yorum yoluyla daha da genişletilebilecektir. Elbette ki bu yaklaşım yani hem yasalar hem de uygulama yoluyla özgürlükleri daraltma yaklaşımı son derece tehlikelidir. Bu yolla kutsal bilinen ya da öyle tanımlanan değerlere ve kurumlara ilişkin her türlü düşünce açıklaması ve eleştiri büyük bir tahammülsüzlükle ve ceza tehdidiyle karşılaşılabilecektir. Normun sınırları özgürlükler aleyhine genişlerken suç olanla olmayan arasındaki sınır, hoş gidenle gitmeyen arasındaki sınıra dayanabilecektir. Bu noktada yargıya çok büyük görev düşmektedir. Somut olayı ve normu yorumlayarak, norma yaşam kazandıran yargıç, sadece tarafsız olabilirse bu işlevini toplumsal barışı koruyucu bir biçimde gerçekleştirebilir. Aksi bir tutum, bizzat yargının toplumsal barışı bozan bir faktör olmasını sonuçlar.

Gerçekten de yargı organı, ülkeyi kurtarma kaygısıyla yorum yapamaz. Bu onun işi değildir. Yargının işi yasaları hukuka uygun biçimde yorumlamak ve uygulamaktır.<sup>(31)</sup>

## 2. Ayrıcalıklı Ceza Hukuku

Ayrıcalıklı ceza hukuku sosyal sınıflar arasındaki derin hukuki ve fiili ayrıcalıklara dayandırılan, klasik bireyci-liberal sistemlerin hakim olduğu toplumlara özgü ceza hukukudur. Bu ceza hukuku, ilan edilen işlevi özgürlükleri

korumak olmasına ve mutlakiyetçi devlet tipinden uzaklaşmış olmasına rağmen; zıt sosyal menfaatlerin çatışması halinde, ekonomik yönden güçlü olanın çıkarını, daha az güçlü olanın çıkarına üstün tutarak korumaya yaramıştır. Bundan dolayı da bu ceza hukuku, eşit olmayanlar arasındaki eşitlik ve özgürlüğü sağlamaktan çok, eşitler arasındaki eşitliği ve özgürlüğü garanti altına almıştır.

Fransız ihtilaliyle birlikte, mutlakiyetçi devletten, yegâne gerçeklik olarak bireyi kabul eden ve sosyal grupları sadece bir bireyler toplamı olarak anlayan liberal devlete geçiş, baskıcı ceza hukukundan ayrıcalıklı ceza hukukuna geçişin de başlangıcı olmuştur. Liberal devlet anlayışının ceza hukukunun liberalleşmesine olan katkısını inkâr etmek mümkün değildir. Ancak en geniş bireysel özgürlükleri ilan eden, fakat bunların ekonomik-sosyal ön koşullarını gerçekleştirmek görevini üstlenmeyen ve yasal eşitliği gerçek anlamda bir eşitliğe üstün tutan bir toplumdaki temel hayat şartlarının korunması aracı olarak anlaşılması sonucu liberal ceza hukuku; kaçınılmaz bir şekilde, liberal özgürlüklerin gerçek muhatabı olan varlıklı sınıfların ayrıcalıklarını korumak, yani bu sınıfları “tehlikeli” sınıflar diye nitelendirilen sınıflara karşı savunmak işlevini yerine getirmiştir.<sup>(32)</sup>

Böylece “özgürlükçü bireycilik, zayıf olanı güçlüünün insafına terk ediyordu”.<sup>(33)</sup>

Liberal ekonomi, mutlakiyete karşı bir reaksiyon olarak doğmuş ve liberal

(26) Mithat SANCAR, “Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, *Devlet Akli Kıskaçında Hukuk Devleti İçinde*, 2. Baskı, İstanbul 2000, s. 18.

(27) SANCAR, *Yargının Bağımsızlığı*, s. 183. Totaliter devlette kanun ve ceza yargıcı arasındaki ilişki için bkz. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario*, s. 156.

(28) SANCAR, *Yargının Bağımsızlığı*, s. 188, 189. Siyasal yargıca “hukuksal yorum faaliyetindeki konumu” açısından bakma eğiliminde olan bir yaklaşım için bkz. Girolamo SANTUCCI, “Come vada il giudice politico”, in *Arc. pen.*, 1974, Anno IV, fasc. 1,2,3,4,5,6, s. 137 vd.

(29) “Devlet aklı” kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mithat SANCAR, “Devlet Akli Kavramına Bir Giriş”, *Devlet Akli Kıskaçında Hukuk Devleti İçinde*, 2. Baskı, İstanbul 2000, s. 13-27.

(30) SANCAR, *Yargının Bağımsızlığı*, s.190.

(31) Sami SELÇUK, “Düşün Özgürlüğü”, *Düşünce Özgürlüğü İçinde*, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları* 3, Hazırlayan Hayrettin Ökçesiz, İstanbul 1998, s. 302; Girolamo TARTAGLIONE, “Interpretazione giuridica e politica”, in *Arc. pen.*, 1977, fasc. 5,6,7,8., s. 161-165.

(32) Bkz. TOROSLU, *Nasıl Bir Ceza Kanunu*, s. 2-3; Ferrando MANTOVANI, s. 16-21.

(33) Bkz. Henri BATIFFOL, “Yasa ve Özgürlük” (Çev. Tuğba BALLIGİL), *İÜHFİM*, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmez’e Armağan, 1986-1987, 1-4, İstanbul 1987, s. 716-717.

esaslara dayanan hukuk sistemleri başlangıçta devleti sadece siyasi ve en üst bir organizasyon olarak korumakla yetinmiştir. En iyi ve en özgürlükçü sisteme ulaştığına inanan devlet, kendi ideolojik temellerini korumayı gerekli görmemiş ve bu konudaki fikirlerin açıklanmasını klasik özgürlükçü bir anlayışla karşılamıştır. Fakat sosyalist ve anarşist akımların çoğalması ve kuvvetlenmesi karşısında, devlet ve ona hakim burjuva sınıfı, varlığının tehlikeye düştüğünü görmüştür. Böylece liberal devlete karşı çıkan reaksiyoner davranışlar, bir takım tedbirlerin alınması gerekliliğini ve sınıfların kendilerini koruma ihtiyacını yaratmıştır. Liberal devlet bir reaksiyon olarak ortaya çıkmışken, reaksiyonların konusu haline gelmiştir. Bu durum, "sosyal suçlar" kavramını yaratmıştır. Devletin; aile, mülkiyet, sosyal temel düzenlerini yıkmaya, o günkü durumu değiştirmeye yönelik fiiller ve düşünceler, suç şeklinde görülmeye ve "sosyal suç" olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Bu durumda da devlet, sadece siyasi bir organizasyon, kurum olarak korunmaktan çıkmış ve ideolojik temellerinin korunması gündeme gelmiştir. Bu yaklaşımın sonucu olarak da, mevcut siyasi kuruluşu, hangi fikirle olursa olsun, değiştireci icra hareketleri veya icra başlangıçları değil ve fakat belirli şekildeki ideolojik propagandalar, yani fikirler dahi cezalandırılmaya başlanmıştır.<sup>(34)</sup> Böylece bu sistem ile baskıcı ceza hukukunun yolları bir noktada kesişmiş oldu. Tarihsel bağlamdan bağımsız bakıldığında, yani genel olarak da, ayrıcalık

sahiplerinin konumlarını korumak için ceza hukuku baskıcı bir karaktere bürünür ve ayrıcalıkçı ceza hukuku baskıcı ceza hukukuyla birlikte aynı amaçlara hizmet eder.

### 3. Özgürlükçü Ceza Hukuku<sup>(35)</sup>

Yasaklamaların vazgeçilmez oluşu karşısında, çağımızın problemi, yasaklamaları özgürlüğe hizmet edecek biçimde anlamak ve oluşturmaktır. Aydınlanma döneminin liberal düşüncesinden miras olarak kalan özgürlük idesinden vazgeçemeyen, ancak özgürlüğü azınlığın ayrıcalığı olmaktan kurtarmak için öze ilişkin bir eşitlik sağlayan batı uygarlığında "üçüncü tip" bir toplum çalışmaları, yani özgürlüğü güvence altına alan bireysel unsur ile eşitliği güvence altına alan sosyal unsur arasında yeni bir uzlaşma sağlama çalışmaları devam etmektedir. Zira öze ilişkin gerçek bir adet ve daha eksiksiz bir hümanizm ancak bu ilişkinin sentezinden doğabilir. Şu halde ceza hukuku, bireysel taleplerle sosyal talepler arasında, bu arada özgürlükler ile sosyal savunma arasında uzlaşma çalışmalarına katılarak ve iki temel ilkeyi esas alarak özgürlükçü işlevini gerçekleştirebilir:

Bu ilkelere birincisi ceza hukukunun *liberalleştirilmesidir*. Bundan amaç ceza hukukunun insan haklarını ve dokunulmaz özgürlükleri baskı altında tutmanın değil, bunları özel veya kamusal sülhlerin saldırılarına karşı eşit bir biçimde ve ayırım yapmaksızın korumanın aracı olmasıdır. Bu anlamda bugün ceza hukukunun düşünce ayrılıklarını bastıran ve çoğulculuk ilkesiy-

le çatışan tamamen politik yapıdaki suçlardan arındırılması gerekir.

Diğer ilke ise ceza hukukunun *sosyalleştirilmesidir*. Bundan amaç ceza hukukunun toplumsal menfaatleri korumanın, sosyal bağdaştırma sürecini tahrik etmenin ve demokratik sosyal hukuk devleti hedefinin gerçekleştirilmesinin aracı olarak da görev yapmasıdır. Liberal devlet, ceza hukukunun sadece koruyucu işlevine, yani bireylerin en geniş hareket özgürlüğünün jandarmalığını yapma işlevine karşılık, çağdaş demokratik devlet, dış görünüm ve hedef farklılıklarına rağmen, ceza hukukuna tahrik edici, geliştirici bir işlev de yüklemektedir.

Demokratik sistemlerde ortaya çıkması doğal olan bu yapıda, devletin kutsallığı söz konusu olmadığından farklılıklar bastırılmamakta, hiç kimse siyasal süreçten dışlanmamakta, farklı olma hakkı tanınmakta ve bu hakkın kapsamına her şeyden önce farklı düşünme, seçenekler sunabilme, seçenekler arasında tercihte bulunabilme, sorgulayabilme girmektedir. Demokratik sistemlerde bu korumayı sağlayan temel unsur devletin tarafsızlığı ve bir resmî ideolojinin benimsenmemişidir. Katı ve kalıplaşmış fikirlerin dayatılması ve insan hayatının her yönüyle tasarlanmış belli bir model doğrultusunda biçimlendirilmesi yerine farklı yaşam tarzlarının meşruluğu kabul edilmektedir. Bu rejimler resmi ideolojiye dayanmadığından, devletin bu ideoloji dışında kalan fikirlere karşı korunması da söz konusu olmaz. Değişik fikirler cebir ve şiddete başvurulmadığı, suçu övme ve suça teşvik niteliğinde bulunmadıkları sürece koruma görürler. Do-

layısıyla önceden tespit edilen model dışında kalan fikirlerin, sadece açıklanmasının suç sayılıp cezalandırılması anlamına gelen "fikir suçu"na bu sistemlerde yer yoktur.<sup>(36)</sup>

Özgürlükçü ceza hukuku anlayışı; ceza kanunlarını sadece yasaklar koyan kurallar bütünü olarak algılamaz, tam tersine kişilerin sahip oldukları hak ve özgürlükleri sadece kişilerden gelebilecek saldırılara karşı değil, devletten ve siyasi iktidardan gelebilecek her türlü saldırıya karşı da korumayı amaçlar; böylece toplumsal düzenin korunması işlevi yanında bireyin ve toplumun geliştirilmesi işlevini de üstlenmiş olur.

### C. TCK'NIN 301. MADDESİ VE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ

Ceza hukukunun politika ile olan önemli ilişkisi yadsınamaz bir gerçekken, özellikle yargı pratiği ile politika arasındaki ilişkide, 301/1. maddenin taşıdığı önem de yadsınamaz bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu suçun kapsamı ve uygulaması, devletin yapısına ve özgürlüklerle, özgürlüklerin sınırları konusundaki anlayış farklılıklarına göre biçimlenebilmektedir. Özellikle "hükümet"e karşı haklı ya da haksız şiddetli eleştiriler artınca, bu konuda en hazımlı ve hoşgörülü olması gereken organ, zaman içinde 301. maddede sık sık başvurmuş, bu başvuru ya bizzat maddenin kendisine müdahaleler şeklinde ya da muhalifleri susturmak için yargı yoluna başvurma şeklinde kendini göstermiştir.

Düşünce özgürlüğü, sadece devletin müdahalelerine karşı korunan bireysel bir hak alanını güvence altına almakla kalmaz; aynı zamanda demokratik bir

(34) Bkz. ÖZEK, *Devletin Sahsiyeti Aleyhinde Cürümler*, s. 615.

*Devletler ile kapitalizm arasındaki ilişkiler, Avrupa krizi; Bolşevikler, Faşistler ve Totaliter devlet hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. John A. HALL-G. John IKENBERRY, Devlet (Çev. Yeşeren Olgu ALİBEYGİL - Murat ŞİPAI), Ankara 2000, s. 70 vd.*

(35) Bkz. TOROSLU, *Nasıl Bir Ceza Kanunu*, s. 4-5; ayrıntılı bilgi için bkz. Ferrando MANTOVANI, s. 21-25.

(36) *Demokratik sistemlerde düşünce özgürlüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Reyhan SUNAY, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Ankara 2001, s. 14 vd.; Vittorio COLOMBANI, "Il delitto di riorganizzazione del partito fascista", in Riv. pen., 1994, s. 823-826.*

devlet düzeninin de ön şartını oluşturur. Düşünce özgürlüğü, hem demokratik yönetimin, hem de kişiliğin bütün değişik açılarının, ki bunlar siyasal, kültürel, ekonomik veya özel karakterli olabilirler, dile getirilebilmesinin de şartıdır. Başka bir deyişle, bu özgürlük; insan kişiliğinin toplum içindeki en dolaysız ifadesi olup, demokratik düzen bakımından da kurucu nitelik taşır, yani "olmazsa olmaz" niteliktedir. Gerçekten de, devlet gibi düşünmeme özgürlüğünü, kurulu düzeni sorgulamayı, gerektiğinde kınamayı, mahkum etmeyi de içeren bir özgürlük olarak düşünce özgürlüğünün demokratik sistemin kurucu unsuru ve vazgeçilmez şartı olduğu konusunda bir tereddüt yoktur. Açıktır ki, demokratik bir düzende düşünce özgürlüğü, olması gerekenin ne kadar gerisinde ya da uzağında ise, baskıcı ceza hukuku sistemlerine o kadar yakın daruyor demektir.

Baskıcı eğitimler kendisini ceza hukukunun birçok alanında gösterebilir, ancak en etkin ve yakıcı olanı özellikle düşünce özgürlüğü alanındaki baskıcı tutumdur. Sistemden ve egemen ideolojiden yana olan düşüncelerin korunması o sistemi özgürlükçü bir hale getirmeye elbette ki yetmez. Eğer bireysel özgürlük, çoğunluğun onaylamadığı görüşleri desteklemek ve savunmak ve çoğunluktan farklı bir davranış yolu izlemek hakkını içermiyorsa, bu özgürlüğün hiçbir anlamı yoktur.

Kişi hangi resmi gerçeklere itiraz ediyor olursa olsun, gerçeği araştırma özgürlüğü elinden alınmamalıdır. Herhangi bir konu ne kadar kabul görmüş, ne kadar taraftar bulmuş olursa olsun bu konuyu değerlendirmek, eleştirmek ihtiyacı duyulabilir. Bunun için de eleştirinin özgür olması, hatta demokratik

bir sistemde bu özgürlüğün özellikle teşvik edilmesi gerekir. Eleştiriden muaf alanların varlığı ve genişliği ile düşünce özgürlüğü ve demokrasi arasında ters oranlı bir ilişkiden söz edebiliriz. Sadece uysal, nezih ve serinkanlı olanlar değil, kamuoyunu öfkeliendiren ifadeler de düşünce özgürlüğünün kapsamına girerler. Bu tür ifadeler, geleneksel ön yargıları ve donuklaşmış, kalıplaşmış fikirleri yarıp, yeni değerlendirmelerin yolunu açabilirler. Düşünce özgürlüğüne yönelik her türlü daraltıcı kavrayış, fikir mücadelesinin yasama, yargı ve egemen toplumsal gruplar tarafından tektipleştirilmesi sonucunu doğurur. Şok edici ifadeler bu konuda daha makul ifadelere nazaran daha etkili ve uyarıcıdır. Seçilen kelimeler ne kadar etkileyici ve yakıcı ise, bunların özgürlük alanının dışına çıkarma isteği ve çabası da o kadar yoğun olur.

Düşünce özgürlüğünün ve onun bir kullanım şekli olarak ele alınan eleştiri hakkının sınırları, esas olarak yargısal yorumla somutlaşır ve belirginleşir. Zira düşünce özgürlüğü ve eleştiri hakkının etkisi hukuk koyma aşamasında bitmez, hukukun uygulanması sürecine de uzanır. Bir hukuksal uyumsuzluğun, düşünce özgürlüğü ile ilgili, bu özgürlüğü sınırlayan veya somut olayda böyle bir etki yapmaya elverişli normlara göre karara bağlanması söz konusu olduğunda, yorum konusu yönlendirici bir tarzda karşımıza çıkacaktır.

Hatırlatalım ki, düşünce özgürlüğü esas olarak, iktidara yönelik eleştirilerin, özel olarak korunması ihtiyacından doğmuştur. Bu nedenle 301. maddenin kapsamında olan değer ve kurumlara yönelik cezai korumanın, kamusal eleştiriyi daraltıcı ve düşünce özgürlüğünü yok eden bir kollamaya dönüşmemesi

gerekir. Bu kurumlara yönelik eleştirilerin özellikle sert bir biçimde dile getirilebilirliği gözden uzak tutulmamalıdır.

301. (159) maddenin bugüne kadarki uygulaması konusunda yaşanan temel sorun, "eleştiri" ile "tahkir ve tezyif" kastını (Yeni TCK'da "aşağılama" sözcüğü kullanılmaktadır ki bu sorunu daha da büyütebilecek bir ifadedir) ayırt etme noktasındaki güçlük ve de isteksizlikten kaynaklanmaktadır. Düşünceyi açıklama özgürlüğünün bir uzantısı olan eleştiri hakkının kullanıldığı bir durumda zaten "tahkir ve tezyif" söz konusu olmaz, yani bir suçun varlığından söz edilemez. Siyasal alandaki değişim ve dönüşümlere, özgürlükler alanındaki yasal ve de yorumsal yumuşama ya da sertliklere göre 301. maddenin uygulanmasında farklılıklar yaşanmaktadır. Maddenin uygulanması, devletin yapısına, özgürlüklerle bu özgürlüklerin sınırları arasındaki anlayış farklılıklarına göre biçimlenebilmektedir. Maddede sayılan kurumlara, özellikle de devlet işlerini idare eden hükümete yönelik eleştiriler arttıkça, bu eleştirilere karşı demokratik bir sistemde olması gereken müsamaha azaldıkça, maddenin uygulanması da daha sık ve sert bir biçimde gündeme gelmiştir. Oysa demokratik sistemlerde özellikle icra organı şiddetle eleştirilebilir, eleştirilebilmelidir. Devlete kutsallık payesi vererek, onun çıkarlarını koruma kaygısı, bireyi ve bireyin özgürlüklerini bir kenara bırakarak, ceza hukukunu baskıcı ve tehlikeli bir araca dönüştürebilir. Özgürlükleri koruma işlevine sahip olması gereken ceza hukuku, bir baskı aracına, özgürlükleri yok etme ve toplumu sindirme aracına da dönüşebilir. İşte 301. madde, sık sık eleştiri hak-

kının, dolayısıyla düşünceyi açıklama özgürlüğünün kullanımına karşı bir baskı aracı haline gelebilmiştir.

Devleti oluşturan kurum ve organların ve bunlarda görev alan şahısların kutsal, yanılmaz ve dolayısıyla eleştirilmez olduğu anlayışı, "demokratik hukuk devleti"nin değil, otoriter ve totaliter devletlerin bir özelliğidir. Demokratik hukuk devletini diğer devlet tiplerinden ayıran ve ona özelliğini veren husus, devletin bütün kurum ve organlarıyla vatandaşların eleştiri ve denetimine tabi oluşu ve onların haklarına saygı gösterip teminat sağlamasıdır. Zaten Anayasa da, herhangi bir nitelikten bağımsız "salt devlet"i değil, "insan haklarına saygılı demokratik hukuk devleti"ni esas almakta ve düzenlemektedir. O halde Türkiye Cumhuriyeti, Anayasada sayılan niteliklerden bağımsız bir devlet olarak değil, onlarla birlikte varlık ve meşruiyet kazanan bir devlet olarak ele alınıp değerlendirilmelidir. Bu niteliklerden sapma olarak ortaya çıkan uygulama ve gelişmelere dikkat çekmek, bunların giderilmesini istemek, aynı zamanda Anayasadaki "demokratik hukuk devleti"ni koruma ve geliştirme amacıyla belirlenen bir vatandaşlık görevi olarak görülmelidir. Anayasada güvence altına alınmış olan düşünce özgürlüğünün asli işlevlerinden biri, bu tür eleştirilerin serbestçe dile getirilmelerine olanak sağlamaktır. Şayet devlet kurum ve organlarına yönelik eleştiriler sürekli ceza tehdidi altında olursa, düşünce özgürlüğü anlamını yitireceği gibi, demokratik hukuk devletinin gerekleri ihlal edilmiş olur.

Düşünce özgürlüğünün önemi özellikle muhalif görüşlerin desteklenmesi ve yayılması bakımından kendini gösterir. Eleştiri, devlet adına faaliyet gös-

teren ve vatandaşların yaşamının doğrudan belirleyicisi olan kurumların özellikle arzu etmeleri ve tahammül göstermeleri gereken bir demokratik faaliyet olarak algılanmalıdır. Sosyal-siyasal sorunlara çözüm üretmekte aciz kalan yönetimler, giderek tahammülsüzleşir, sertleşir ve tek araç olarak şiddete sarılırlar. Tahammülsüzlüğün en belirgin göstergesi ise, egemen siyasetten farklı ve eleştirel her türlü fikrin yasak alanına çekilerek bastırılması ihtirasıdır. Baskının dozu, aczin çapı ile doğru orantılıdır. Acizlik arttıkça, baskı yoğunlaşır. Eleştiriye tahammülsüzlük üzerinde temellenen bir siyasal yapı, yabancıdan, farklıdan, aykırıdan korkan; gerektiğinde şiddet kullanarak onu bastırma eğiliminde olan bir devlet ve toplum tipi yaratır.

Ceza hukukunun mevzuat ve içtihat olarak oluşturulmasında ülkede yaşanan politik koşullar, değişim ve sorunlar çok önemlidir. İnsan hakları alanındaki gelişmeler, atılan ileri adımlar ya da bu alandaki sancılar ve çıkmazlar derhal ceza hukukuna yansımakta ve bu yansımalar duruma göre bazen baskıcı bazen de özgürlükçü bir biçim alabilmektedir. Yansımalar yasaları uygulayanları da etkileyebilmekte ve yorumlar, özgürlüklerin kullanılmasını daha daraltıcı ya da daha genişletici olabilmektedir.

Gerçekten de, değişik yapılar ve değişen koşullar içinde, ceza normunun yetersizliği ortaya çıktığında, uygulamada normun gereksinmelere uygun bir şekilde yorumlanmasına ve normların zorlandığına tanık olmaktadır. Aynı ya da benzer bir norm; bir ülkede özgürlüklerin sınırlanması konusunda hiçbir tehdit unsuru oluşturulmamasına rağmen, bir başka ülkede tersi sonuç-

larla karşılaşılabilir. Bu da devletin yapısının ve bu yapının bir yansıması olarak, uygulayıcıların tutumlarının ortaya çıkardığı bir sonuçtur.

301. (159) maddeyle ilgili olarak yaşanan ve yaşanması muhtemel sorunlar, maddenin kaleme alınış biçiminin ötesinde, eleştiriye tahammül ve düşünce özgürlüğüne verilen anlamla çok yakından ilişkili olduğundan, özellikle yargı pratiğinin bu konudaki duyarlılığı çok önemli sonuçlar doğurmaktadır. Dileğimiz bu duyarlılığın, özgürlükler lehine yorum yönünde gelişmesidir.

Bir ülkenin kurumlarına saygınlık ve güç kazandıran, halkın benimsemesi ve desteğidir. Bunu sağlamanın en güvenilir yolu, öncelikle o kurumlarda yer alanların, kurumlara varlık kazandıranların kurumların saygınlıklarını zedeleyecek davranışlardan kaçınmalarıdır. Çünkü 301. madde ile koruma altına alınan kurumlar, asıl o kurumlarda faaliyet gösterenler tarafından zayıflatılabilir ve kurumların prestiji yine o kişiler tarafından sarsılabilir. Yargı organının saygınlığını bir yargıçtan, yasama organının saygınlığını bir milletvekilinden, hükümetin saygınlığını bir bakan-dan daha fazla sarsabilecek hiç kimse yoktur. Bu kurumlar demokratik kural-lara ve insan haklarına saygılı bir biçimde çalıştıklarında ve güçlerini tehdit yoluyla değil vatandaşın inancıyla devam ettirdiklerinde, onlara yönelik her türlü saldırı sönük kalacaktır. Ancak, bu kurumlar, vatandaşa rağmen ve baskıcı bir tutumla ayakta kalmaya çalıştıklarında, hiçbir tahkir ve tezyife, aşağılamaya gerek kalmadan güçlerini kaybetmiş, saygınlıklarını, prestijlerini azaltmış olacaktırlar. "Bütün tabular saygı değil korku üretirler" ve "baskı

arttıkça, iktidar azalır" gerçeği bir kez daha kendisini gösterecektir

Demokratik tartışma ortamları yaratılmadığı, eleştirme özgürlüğü gerektiği gibi içselleştirilmediği sürece, sorunların yaşanmaya hep devam edeceği ve bu sorunların önüne yasal düzenlemelerle geçilemeyeceği bir kez daha anlaşıldı. 301. maddenin veya benzerlerinin

bizatihi "düşünce suçu" yaratmamasına rağmen "düşünce suçu üretir" biçimde uygulanmaları maalesef ülkemizin bir gerçeği olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak son dönemde mahkemelerin ve özellikle de Yargıtay'ın, AİHM içtihatlarına paralel bir şekilde verdiği kararlar da göz ardı edilmemelidir.